DER FORMLOSE GRUNDSTÜCKSVERÄUSSERUNGSVERTRAG UND SEINE HEILUNG.

INAUGURAL - DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTAET

DER

KGL. BAYER. JULIUS - MAXIMILIANS - UNIVERSITAET WUERZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWUERDE

VORGELEGT VON

FRIEDRICH STAUB,
REFERENDAR
AUS RATIBOR.

AGAD.
LUBL.BAT.
BIBL.

BRESLAU
KOEBNER'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
(Barasch und Riesenfeld)
1913.

Referent: Geheimrat Prof. Dr. H. v. Burckhard.

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung: Problemstellung 9

Ausführung:

I. Kapitel: Die Rechtsnatur des formlosen Grundstücksveräusserungsvertrages. § 1 10

II. Kapitel: Seine Heilung 24

1) Wesen der Heilung. § 2 24

2) Gegenstand und Umfang der Heilung. § 3 27

3) Heilung im Falle der Zwangsauflassung. § 4 31

4) Beweislast. § 5 36

5) Zeitpunkt der Heilung. § 6 38

Literatur-Verzeichnis.

Baer: Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages, Inaug.-Diss. Erlangen 1907.

Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grundlage des BGB, systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1904.

Bernhöft: Das Bürgerliche Recht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 1898.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911.

Dernburg: Bürgerliches Recht, 3. Aufl.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des BGB 1/2. Aufl. 1903.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8/9. Aufl.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht, 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausg. von Mitgliedern des Gerichtshofes.

„ des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen, in d. Juristischen Wochenschrift und in Warneyers Jahrb. und Rechtsprechung 1909.

Figge: Der Begriff der Unwirksamkeit, Inaug.-Diss. Rostock 1902.

Gareis: Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB, 1900.

Gaupp-Stein: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8/9. Aufl.

Grabow: Die Tragweite des § 313 Satz 2 BGB, Inaug.-Diss. Greifswald 1909.

Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag, Inaug.-Diss. Tübingen 1904.

Hachenburg: in Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht, 1900.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB 1900.

Hummel: Die Konvaleszenz und Evaneszenz der Rechtsgeschäfte. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.

Karlowa: Das Rechtsgeschäft, 1877.

Kohler, J., Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozess, im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 80.

— Ueber den Willen im Privatrecht, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 16, 18, 28.

Kommentar: zum BGB von Reichsgerichtsräten. I. Aufl.

Kracht: Ueber die Tragweite des § 313 BGB Inaug. Diss. Rostock 1902.

Leonhard, R: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1900.

Markwald: Der Begriff der Unwirksamkeit im BGB Inaug. Diss. Rostock 1903.

Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1899.

Motive zum Entwurf eines BGB.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl.

Oertmann: Kommentar zum BGB. Bd. I nnd II, 2. Aufl.

Pfeifer: Die Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte. Inaug. Diss. Erlangen 1910.

Planck: Kommentar zum BGB. 3. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. 1899,

Schachian: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Inaug. Diss. Berlin 1910.

Schollmeyer: Kommentar zum BGB. 1900.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 5/6. Aufl.

Stölzel: Schulung für die zivilistische Praxis, 7. Aufl.

Tochtermann: Der § 313 BGB. Inaug. Diss. Rostock 1902.

Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht Bd. I, 3. Aufl.

Windscheid-Kipp: Pandekten, 9. Aufl. 1906.

Zitelmann: Allgemeiner Teil, 1900.

„ Rechtsgeschäfte in Bekkers und Fischers Beiträgen zum Entwurf eines BGB.

Einleitung.

Der Grundstücksveräusserungsvertrag bedarf zur Gültigkeit der Form (§ 313,1); mangelt sie, so ist der Vertrag nichtig (§ 125); wird aber aufgelassen und eingetragen, so wird der nichtige Vertrag gültig (§ 313, 2). Dass es logisch ein Widersinn ist, etwas, was nichtig ist, wegen eines später eintretenden Umstandes als gültig zu behandeln, ist klar[1]). Man pflegt über diese Schwierigkeit regelmässig hinwegzukommen durch die Bemerkung, es sei hier eben eine Ausnahme vom Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit gemacht. Dem hat Hachenburg[2]) mit Recht entgegengehalten: „Aber wenn der nichtige Vertrag durch nachträgliche Eintragung gegen das sonstige Prinzip voll und ganz gültig wird, was war er dann in der Zwischenzeit? Die Wissenschaft und Praxis mag zusehen, wie sie mit dieser bedeutenden Konstruktionsschwierigkeit fertig wird." Bis jetzt ist eine Antwort auf diese Frage noch nicht gegeben worden.

---

[1]) Crome I, S 355 „Begrifflich unmöglich".

[2]) Hachenburg, S. 155.

I. Kapitel.

Rechtsnatur des formlosen Grundstücksveräusserungsvertrages.

§ 1.

Wesen der Heilung.

Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Mangelt die Form, so wird er erst durch Auflassung und Eintragung gültig; mehr sagt das Gesetz (§ 313) nicht. Inzwischen ist der Vertrag also nicht gültig. Welcher Art ist diese Nichtgültigkeit? Nach § 125 BGB sind Rechtsgeschäfte, die der gesetzlichen Form ermangeln, nichtig, d. h. „die rechtserzeugende Kraft der Parteierklärung wird absolut verneint[1]).“ Das nichtige Geschäft hat nicht die seinem Inhalt entsprechenden Folgen. Nicht aber darf man ihm selbst die rechtliche Existenz überhaupt absprechen, wie dies von einzelnen Schriftstellern getan wird[2]). Ganz zutreffend ist Endemanns Vergleich[3]) mit einer Totgeburt[4]). Denn auch diese ist kein Nichts, wenn sie auch niemals zum Leben wird erwachen können, ganz wie das nichtige Geschäft. Es kann nie aus sich selbst heraus zur Wirksamkeit gelangen, auch nicht mit Hilfe irgend eines neuen Ereignisses. Es

[1]) Dernburg, I, 389.
[2]) Vgl. Cosack, I, 151/52; Bendix I, S. 161.
[3]) Endemann, I, S. 368.
[4]) Trotz Dernburgs Tadel I, 390.

ist und bleibt tot — unheilbar. Die Unheilbarkeit ist wesentliches Merkmal der Nichtigkeit[1]). Was das Gesetz einmal als „nichtig" prädiziert hat, kann von ihm auch, wenn ein neuer Umstand hinzukommt, nicht gebilligt werden. Nur ein neues makelloses Geschäft kann des Gesetzes Billigung finden, also wenn eine Neuvornahme stattfindet oder eine Bestätigung, die derselben — vgl. § 141 — gleich steht. Des weiteren ist ein nichtiges Geschäft — und hierin zeigt sich gerade seine Existenz und ein gewisses Wirken — umdeutungsfähig, § 140, wodurch es sich vom Nichtgeschäft, das nicht einmal ganz errichtet ist, unterscheidet. Ein Rechtsgeschäft dagegen, das zunächst keine oder nur beschränkte Rechtswirkung hat, das aber wirksam werden kann, wenn ein gewisser Tatumstand hinzutritt, pflegen wir unwirksam zu nennen[2]) (Beispiel §§ 108, 185). Zweierlei ist sofort ersichtlich: Zunächst der scharfe Gegensatz zum nichtigen Geschäft, dessen Gehalt sofort und für alle Zukunft von der Rechtsordnung missbilligt wird, sodann die Uebereinstimmung, die sich zwischen dem geschilderten unwirksamen Rechtsgeschäft und unserem formlosen Grundstücksveräusserungsvertrage ergibt.

Da es nun unsere Aufgabe ist, das Wesen der Nichtgültigkeit (Mangelhaftigkeit) des formlosen Grundstücksveräusserungsvertrages zu bestimmen, so haben wir die verschiedenen Arten der Ungültigkeit so scharf als möglich gegen einander abzugrenzen und zu definieren. Erst dann wird uns eine Subsumtion des Grundstücksveräusserungsvertrages unter eine der Arten möglich sein.

Dass zwischen nichtig und unwirksam[3]) im BGB. kein Unterschied sei[4]), ist unhaltbar. Den Unterschied aber in der Möglichkeit des Gültigwerdens, der sogen. Konvaleszenzmöglichkeit, sehen zu wollen[5]), geht nicht an, weil

---

[1]) Statt aller Dernburg I, 392, Crome I, 355.
[2]) Leonhard, S. 431.
[3]) Wegen der Anfechtbarkeit vgl. S. 20 der Arbeit.
[4]) So noch Cosack, S. 152, Enneccerus, 244.
[5]) wie Bernhöft, S. 393.

damit nur eine, und zwar eine nicht stets gegebene, Eigenschaft der Unwirksamkeit gekennzeichnet ist. Wir müssen tiefer gehen, wollen wir die Gründe und den Unterschied, weshalb das BGB. hier von nichtig, dort von unwirksam spricht, kennen lernen. Auf diesem Wege ist zunächst Leonhard[1]) vorangegangen. Er bemerkt sehr treffend, dass das Gesetz, dessen Terminologie im I. Entwurf noch schwankte, später den Ausdruck unwirksam dem Ausdruck nichtig überall da substituierte, wo man es aus irgend einem Grunde für angemessen hielt, den Ausdruck nichtig zu vermeiden. „Hierbei muss eine Absicht obgewaltet haben. Auf diese Weise entstand dann ein neuer Rechtsbegriff des bloss unwirksamen, aber nicht zugleich nichtigen Geschäftes, ohne dass der Gesetzestext oder die Materialien darüber, wo die Grenzscheide zwischen der blossen Unwirksamkeit und der Nichtigkeit laufen solle, die dringend erwünschte Auskunft geben.“ Darum versucht Leonhard, die „treibende Kraft einer bloss instinktiven Sprachbildung zur vollen Klarheit eines bewussten Gedankens fortzuentwickeln.“ Allein dieser Versuch ist ihm nicht geglückt. Was er als Grenzlinie zieht: „Die nichtigen Geschäfte sind umdeutungs- und bestätigungsfähig, die unwirksamen umdeutungs- und bestätigungsunfähig“, ist bestenfalls ein Unterschied in den Wirkungen der nichtigen und der unwirksamen Geschäfte, nicht aber ein begrifflicher Unterschied oder eine Beantwortung der Frage, aus welchem Grunde dieses Geschäft zu einem nichtigen, jenes zu einem bloss unwirksamen gestempelt wird. Und doch kommt Leonhard[2]) an anderer Stelle dem richtigen näher, wenn er den Begriff der Unwirksamkeit bestimmt als „Abwesenheit einer Tatsache, die noch neben dem eigentlichen Geschäftsabschlusse für die Wirksamkeit nötig ist.“ Der monographischen Literatur[3]) der letzten Dezennien ist es aber tatsächlich gelungen, „die

[1]) S. 433.

[2]) Leonhard, S. 437.

[3]) Figge, S. 60, Markwald, S. 32, Pfeifer 28, besonders Schachian 180 u. a.

treibende Kraft einer bloss instinktiven Sprachbildung zur Klarheit eines bewussten Gedankens fortzuentwickeln.“ Ihre Arbeit basiert insbesondere auf den älteren Forschungen Karlowas, Zitelmanns und Leonhards[1]).

Die begrifflichen Erfordernisse[2]) des Rechtsgeschäftes werden da in drei Gruppen eingeteilt: Errichtungserfordernisse, Geltungserfordernisse, sogenannte sonstige Erfordernisse (Wirksamkeitserfordernisse). Die Errichtungserfordernisse müssen vorhanden sein, damit ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand überhaupt vorliegt. Fehlen sie, so liegt ein unvollständiges Geschäft vor, also überhaupt noch kein Geschäft, negotium non existens, Beispiel: Eheabschluss ohne Standesbeamten. Sind die Errichtungserfordernisse vorhanden, so liegt immer ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand vor, wenn ihm aber die Geltungserfordernisse fehlen, so äussert er die seinem Inhalt entsprechende Wirkung nicht, er ist nichtig, negotium nullum. Die Geltungserfordernisse sind diejenigen allgemeinen und besonderen Erfordernisse, von deren Vorhandensein die Rechtsordnung es abhängig macht, ob das Geschäft zur Hervorbringung der seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen allgemein geeignet ist: Eine gewisse Beschaffenheit vom Rechtssubjekt (Geschäftsfähigkeit), Rechtsobjekt (res in commercio), Rechtshandlung (Ernstlichkeit). Für bestimmte Geschäfte werden noch gewisse besondere Erfordernisse zu ihrer allgemeinen Gültigkeit verlangt, so besonders die Form[3]). Fehlt einem einzelnen Geschäft eines dieser unbedingt erforderlichen Geltungserfordernisse, so ist es nichtig. Sind sie vorhanden, so ist es gültig. Der Gesetzgeber kann aber aus rechtspolitischen Gründen davon absehen, die regelmässigen Wirkungen eintreten zu lassen. Er setzt der Wirksamkeit im konkreten Falle ein dauerndes oder vorübergehendes Hemmnis entgegen, indem er sie von einem hinzutretenden „weiteren Erfordernisse“ — die dritte

[1]) Karlowa, S. 116; Zitelmann, A. T. S. 92; Rechtsgesch. S. 30 ff.; Leonhard, S. 437.

[2]) Man spricht auch von Voraussetzungen.

[3]) Pfeifer, S. 15. 16.

Gruppe — (z. B. Genehmigung des Vertrages eines Minderjährigen) abhängig macht. Diese weiteren Erfordernisse sind die Wirksamkeitserfordernisse[1]).

Unbedingt erforderlich für jedes Rechtsgeschäft sind nur die Errichtungs- und Geltungserfordernisse; nur in einzelnen Fällen werden, als ein Plus gegenüber dem Normalen, Wirksamkeitserfordernisse von der Rechtsordnung verlangt.

An der Hand dieser Erfordernisse wird der Gegensatz von Nichtgeschäft, nichtigem Geschäft und unwirksamem Geschäft vollkommen deutlich. Dabei wird der Begriff unwirksam als Oberbegriff, als Fehlen der dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechenden Wirkungen, also Nichtigkeit und eigentliche (reine) Unwirksamkeit umfassend, ausser acht gelassen. Dieser Nichtigkeit und eigentliche Unwirksamkeit umfassende Oberbegriff, gewöhnlich als Unwirksamkeit im weiteren Sinne bezeichnet, der auch dem BGB. bekannt ist (z. B. § 344)[2]), ist für uns insofern ohne Bedeutung, als wir die beiden Fälle, Nichtigkeit und Unwirksamkeit, für sich betrachten. Wenn wir im Folgenden von Unwirksamkeit schlechthin sprechen, soll, wie auch in der Literatur gewöhnlich, die eigentliche Unwirksamkeit, auch reine Unwirksamkeit genannt, darunter verstanden werden.

Das Nichtgeschäft (negotium non existens), dem noch ein Errichtungserfordernis fehlt, unterscheidet sich scharf vom nichtigen und unwirksamen Geschäft. Hier stets ein vollständiger, fertiger, wenn auch mit irgend einem Mangel behafteter Tatbestand, dort ein unvollständiger Tatbestand, dem noch „ein Stück des von den Parteien beabsichtigten Tatbestandes des Geschäftsabschlusses fehlt", ein blosser Versuch eines Geschäftsabschlusses[3]). Trotz des bei Vorhandensein der Errichtungserfordernisse vorliegenden vollständigen Tatbestands ist aber das Geschäft nichtig, wenn

[1]) Zitelmann, A. T. S. 92.

[2]) Leonhard, S. 432; Schachian, S. 179.

[3]) Falsch Cesack, S. 153, der das nichtige Geschäft Geschäftsversuch nennt.

ein Geltungserforderniss fehlt[1]). Solche sind teils allgemeine, die bei jedem Geschäft vorliegen müssen: Wille, Erklärung, Geschäftsfähigkeit, das Geschäft darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstossen, es darf nicht auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein, teils besondere, die nur für gewisse Kategorien von Rechtsgeschäften notwendig sind: eine gewisse Form für bestimmte Rechtsgeschäfte[2]). Die allgemeinen wie die besonderen Geltungserfordernisse sind für die „allgemeine Geeignetheit" des Rechtsgeschäfts zur Hervorbringung der entsprechenden Wirkungen notwendig. Bei ihrem Vorliegen sind aber nicht immer auch die Wirksamkeitserfordernisse gegeben. Fehlt eines der zur allgemeinen Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts notwendigen Geltungserfordernisse, so ist es nichtig. Aus der Natur der Nichtigkeit als eines Ermangelns der allgemeinen Geeignetheit folgt, dass der Gesetzgeber es nicht gelten lassen will. Daher äussert sich seine Wirkungslosigkeit gegenüber jedermann: es ist stets absolut nichtig, eine relative Nichtigkeit ist undenkbar[3]). Auch eine teilweise Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts lässt sich nicht vorstellen: wenn § 139 von der Nichtigkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts spricht und damit als Regel die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts verbindet, so ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts, der für sich ein selbständiges Rechtsgeschäft darstellen kann, in jeder Beziehung nichtig. Endlich folgt aus der Natur der Nichtigkeit die Unmöglichkeit ihrer Beseitigung. Ein fehlendes Geltungserfordernis kann, da die Geltungserfordernisse alle wie aus einem Guss mit einander verschmolzen sind, nicht nachgetragen werden. Ein nichtiges Geschäft ist somit unheilbar. Wird ein fehlendes Geltungserfordernis nachgeholt

---

[1]) Oertmann, I, S. 299 will die in der Philosophie gebräuchlichen „negativen Erfordernisse" verwerten, indem bei einem ungültigen Geschäft von ihrem Vorhandensein, bei einem gültigen von ihrer Abwesenheit gesprochen wird. Dies dürfte aber nicht die Klarheit der Terminologie fördern. Vgl. Schachian, S. 181.

[2]) Pfeifer, S. 15; Markwald, S. 33.

[3]) Schachian, S. 192; Pfeifer, S. 16.

(z. B. Form), so hat das nur Bedeutung in Verbindung mit allen anderen Erfordernissen des Rechtsgeschäfts: es ist Neuvornahme nötig, wenn auch vielleicht in der abgekürzten Form der „Bestätigung."

Liegen nun sämtliche Geltungserfordernisse vor, so hat das Geschäft die „allgemeine Geeignetheit" zur Hervorbringung der seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen. Es ist schlechthin gültig. Diese Regel gilt allgemein. Auch wenn die Rechtsordnung im konkreten Falle der Wirksamkeit ein dauerndes oder vorübergehendes Hemmnis entgegensetzt, ihren Eintritt von einem „weiteren Erfordernisse", einem Wirksamkeitserfordernisse, abhängig macht, so bleibt doch das Rechtsgeschäft gültig. Wir nennen es zwar, weil es vor dem Hinzutritt des Wirksamkeitserfordernisses noch nicht wirkt, unwirksam, aber es ist doch „gültig". Dieser Gegensatz von gültig, aber noch unwirksam, und ungültig gleich nichtig, ist dem Gesetz wohl bekannt. Es ist oben schon bemerkt worden, dass das Gesetz diesen Gegensatz erst seit dem Entwurf II gegenüber dem noch schwankenden Entwurf I herausgearbeitet hat. Dafür ein Beispiel: § 65 Abs. 3 Satz 2 des Entwurfes I lautete: Fehlt dieses Erfordernis (Einwilligung des gesetzlichen Vertreters), so ist das einseitige Rechtsgeschäft (des Minderjährigen) „nichtig". Diese Terminologie würde mit unseren Ausführungen nicht übereinstimmen. Das Geschäft hat alle allgemeinen Gültigkeitserfordernisse, es fehlt ihm nur ein von aussen hinzukommendes weiteres Erfordernis, ein Wirksamkeitserfordernis. Es müsste also unwirksam sein, und tatsächlich sagt Entwurf II in § 85 und ihm folgend das BGB. in § 111: Ein einseitiges Rechtsgeschäft, welches der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung vornimmt, ist unwirksam. Daraus geht hervor, dass das Gesetz den begrifflichen Unterschied zwischen nichtig und unwirksam klar erkannt hat und gewillt ist, ihn überall durchzuführen — auf die systematische Durchführung kommen wir noch zurück —, wenn es auch eine offizielle Definition von nichtig und unwirksam nicht gegeben hat. Damit ist auch die Ansicht derjenigen

Schriftsteller[1]) verworfen, welche behaupten, dass zwischen nichtig und unwirksam im BGB kein Unterschied sei und den Unwirksamkeitsbegriff deshalb vollständig ignorieren. Einige Schriftsteller[2]) stellen die unzutreffende Behauptung auf, dass das BGB sehr ungenau vorgegangen sei, denn es habe einige inkonvalible Fälle als unwirksam bezeichnet, die sich von der Nichtigkeit nicht unterscheiden sollen, so in § 111; hier müsse man statt unwirksam nichtig sagen. Diese Schriftsteller korrigieren das Gesetz in völlig unzulässiger Weise. Dass der Gesetzgeber in diesem Falle aber ganz besonders bewusst gehandelt hat, haben wir eben dargelegt. Denn da ihm der Unterschied von nichtig, gleich eines Geltungserfordernisses ermangelnd, und von unwirksam, gleich bei Vorhandensein der Geltungserfordernisse nur eines Wirksamkeitserfordernisses ermangelnd, klar war, so hat er ihm durch die selbst vorgenommene Korrektur bewusst Ausdruck gegeben.

Was nun die Eigenart der Wirksamkeitserfordernisse („weiteren Erfordernisse") und ihren Gegensatz zu den bisher behandelten Errichtungs- und Geltungerfordernissen im Näheren betrifft, so müssen sie zu einem fertigen, nach seiner äusseren Seite — Errichtungserfordernisse (Vollständigkeit), — wie nach seiner inneren Seite — Gültigkeitserfordernisse — mangelfreien Tatbestand hinzukommen. Das, was hinzukommt, in unserem Beispiele die Zustimmung eines Dritten, ist kein fehlendes Tatbestandsstück[3]), sondern eine zum Rechtsgeschäft hinzutretende, selbständige Willenserklärung. Das wird schon in den Protokollen[4]) zum BGB betont. Die Errichtungs- und Geltungserfordernisse dagegen sind fest in einander verschmolzene Bestandteile eines Rechtsgeschäfts, die sich nicht trennen lassen; z. B. die dem

---

[1]) Cosack, S. 152; Enneccerus S. 244, die weiteren Zitate bei Leonhard S. 481.

[2]) Gareis zu § 111 No. 1; Hölder zu § 111 No. 1; Endemann I, S. 185.

[3]) Wie Crome S. 350 ff. unzutreffend angibt.

[4]) Prot. zum BGB. I, S. 177.

Geltungserfordernis „Form“ entsprechende Formgebungstätigkeit geht mit der Schaffung der anderen Erfordernisse in einem Akte vor sich — der Wille wird schriftlich und zwar ernstlich und für ein sittliches Rechtsgeschäft erklärt. — Was Geltungs- oder Wirksamkeitserfordernis sein soll, ist aus der gesetzlichen Regelung des einzelnen Rechtsgeschäfts, wie aus den allgemeinen Bestimmungen über Rechtsgeschäfte zu entnehmen.

Zur weiteren Klarlegung des Gegensatzes zwischen Geltungs- und Wirksamkeitserfordernissen mag eine Uebersicht über die einzelnen Gruppen von Rechtsgeschäften gegeben werden, die der Gesetzgeber zu unwirksamen gestempelt hat. Die erste Gruppe bilden die Fälle von Rechtsgeschäften, welche vom Gesetz als unwirksam bezeichnet werden, weil die Wirksamkeitsbedingung oder -Vorbedingung, unter welcher sie abgeschlossen wurden, nicht eintrat[1]). Wirksamkeitserfordernis ist hier die Bedingung oder Vorbedingung[2]). Die zweite Gruppe umfasst die auf einen unzulässigen Rechtserfolg gerichteten Geschäfte. Zu diesen rechtsfremden Geschäften gehören auch die bedingten oder befristeten actus legitimi, ferner die Geschäfte, die das BGB. „nicht kennt“, die nach ihm nicht vorgenommen werden können („kann nicht“)[3]). Der praktische Unterschied, der dem BGB „unbekannten“ Geschäfte, die unwirksam sind, von denen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstossen und nach § 134 nichtig sind, mag gering sein, theoretisch besteht er. Wir müssen uns begnügen hierfür auf die Spezialliteratur[4]) zu verweisen. Wirksamkeitserfordernis soll hier sein „die Möglichkeit der dem Handlungsinhalt[5]) entsprechenden Handlungswirkungen“; dies wird als ein für alle Rechtshandlungen bestehendes Wirksamkeitserfordernis bezeichnet. Dieser Spezial-

[1]) z. B. §§ 161, 779, 2077 usw.

[2]) Leonhard S. 434, 435; Figge S. 25 ff., Markwald S. 36—42.

[3]) z. B. §§ 388, 925, 1317, 1598.

[4]) Leonhard 435, 436, bes. Figge S. 31—32.

[5]) Figge, S. 32.

punkt kann für unsere Betrachtung dahingestellt bleiben[1]). Die dritte Gruppe der unwirksamen Geschäfte umfasst diejenigen, bei denen die Einwilligung eines dritten gesetzlich erfordert wird. Leonhard spricht von der „Abwesenheit eines notwendigen Nebenumstandes[2])“, z. B. der schon behandelte § 111, ferner §§ 357, 359, 410, 554 Abs. 2 usw.[3]). Wirksamkeitserfordernis ist hier die Einwilligungserklärung des dritten. Eine Reihe von Unwirksamkeitsfällen, die ihrer Art nach den drei Hauptgruppen unterfallen, weisen gemeinsame, charakteristische Merkmale in ihren Folgen auf. Hierher gehören zunächst die Fälle der relativen Unwirksamkeit, bei denen die Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nur gewissen Personen gegenüber eintritt, oder bei denen nur ein Teil des Rechtsgeschäfts unwirksam wird, soweit nämlich durch dessen Wirksamkeit die rechtlich geschützte Anwartschaft einer bestimmten Person beeinträchtigt werden würde, §§ 135, 506, 574, 1124, 1160, 1098, 2115, 2289[4]). Bemerkenswert ist hier der Gegensatz zur Nichtigkeit. Während relative oder teilweise Nichtigkeit undenkbar war, ist relative oder teilweise Unwirksamkeit sehr wohl denkbar und deshalb vom Gesetz aufgenommen. Beim nichtigen Geschäft war das Geschäft als ganzes missbilligt, weil ihm ein Geltungserfordernis fehlt und die Geltungserfordernisse, wie gezeigt, das ganze Geschäft durchdringen (sich mit den anderen vermengen) oder dem ganzen Geschäft fehlen. Dagegen braucht ein Wirksamkeitserfordernis nicht eine Wirkung aufs ganze zu äussern. Das ganze Geschäft ist gültig und tadellos. Der Gesetzgeber versagt, hemmt die Wirksamkeit nur aus einem rechtspolitischen Grunde. Diese Erwägung des Gesetz-

---

[1]) Diese Behauptung stimmt nicht mit dem oben von uns über die Wirksamkeitserfordernisse Vorgetragenen gänzlich überein, interessiert aber nicht wesentlich, eine bessere Erklärung gibt Markwald, S. 44. 45.

[2]) Leonhard, S. 437.

[3]) Vgl. Leonhard, S. 436; Figge, S. 36.

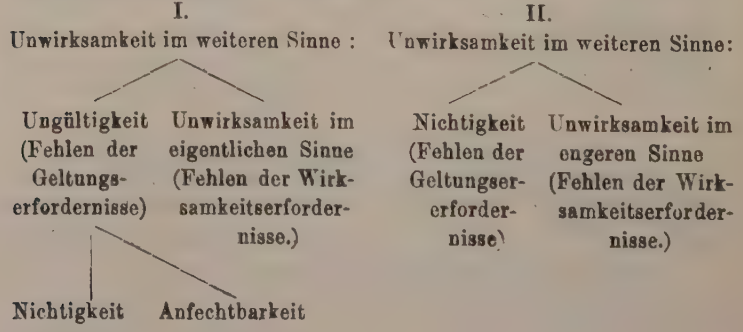
[4]) Figge, S. 45. 46.

gebers kann sich sehr wohl auf einen ganz beschränkten Kreis von Personen erstrecken, während alle übrigen davon nicht berührt sind. Er lässt deshalb das Geschäft nur gegen diese wenigen Personen nicht wirken, wohl aber gegenüber den anderen Personen. Aehnlich verhält es sich mit der Unwirksamkeit eines Teiles eines Rechtsgeschäfts. Neben der relativen Unwirksamkeit kommt noch die schwebende Unwirksamkeit in Betracht. Wirksamkeitserfordernis ist hier wie oben in Gruppe 3 die Genehmigung eines dritten. Aber ihr Eintritt ist noch ungewiss. Das Geschäft ist zunächst unwirksam, jedoch diese Unwirksamkeit ist noch in der Schwebe. Mit dem Eintritt des Erfordernisses wird das Geschäft voll wirksam. Man nennt den Erstarkungsvorgang bei Hinzutritt des Wirksamkeitserfordernisses Konvaleszenz. Tritt das Wirksamkeitserfordernis nicht hinzu, so bleibt das Geschäft, was es war: unwirksam.

Nachdem wir so das Wesen der Unwirksamkeit kennen gelernt und sie der Nichtigket gegenübergestellt haben[1]), müssen wir noch einen nebensächlichen, aber doch nicht ganz zu übergehenden Punkt der Terminologie erwähnen. Wir haben oben zur Bezeichnung des Zustandes, dass ein Geschäft die Errichtungs- und Geltungserfordernisse hat,

---

[1]) Wir haben bisher absichtlich die streitige, für unser Thema aber unerhebliche Frage nicht berührt, ob die Anfechtbarkeit auch unter die Unwirksamkeit im weiteren Sinne falle oder nicht. Je nach Stellungnahme zu dieser Frage ergibt sich der Aufbau der Unwirksamkeit graphisch wie folgt:



also die allgemeine Geeignetheit zur Hervorbringung der seinem Inhalt entsprechenden Wirkungen besitzt, den kurzen Ausdruck „gültig“ verwandt. Diesen Ausdruck haben wir insoweit in einen gewissen Gegensatz zu „wirksam“ gestellt, als wir sagten, dass ein gültiges Geschäft in der Regel auch wirke, dass aber ausnahmsweise die Rechtsordnung seine Wirksamkeit hemme und sie von dem Eintritt eines weiteren Erfordernisses abhängig mache. Dann sei das Geschäft zwar gültig, aber noch nicht wirksam, — unwirksam. Hiergegen könnten sich Bedenken erheben. Der Ausdruck gültig zur Abkürzung von allgemein geeignet zur Hervorbringung der dem Inhalt entsprechenden Folgen ist nicht frei. Wenn er auch kein technischer ist, so kommt er doch im BGB vor. Und damit haben wir zu rechnen. Das BGB gebraucht gültig gleichbedeutend mit wirksam. Mangelt einem Geschäft ein Wirksamkeitserfordernis, so nennt es das BGB unwirksam. Das Gesetz braucht uns nicht eine theoretische Erklärung zu geben und kann deshalb den Ausdruck gültig an dieser Stelle in unserem Sinne gar nicht verwerten, um den Gegensatz zur Nichtigkeit zu bezeichnen. Da es ihn also zu einem besonderen Zwecke technisch nicht braucht, bezeichnet es ganz allgemein damit die Mangellosigkeit, Untadelhaftigkeit eines Rechtsgeschäftes. Wollten wir deshalb in der Ausdrucksweise besonders vorsichtig sein, so dürften wir nicht wie oben der neueren Spezialliteratur in diesem terminologischen Punkte folgen, sondern müssten dort gültig durch allgemein geeignet oder einen anderen Ausdruck ersetzen. Das BGB aber darf, da ihm gültig makellos bedeutet, die eben erwähnte Konvaleszenz deutsch mit: wirksam werden oder gültig werden wiedergeben, um so mit zwei Ausdrücken einen und denselben Vorgang zu bezeichnen. Das geschieht auch in der Literatur des BGB und zwar gerade von Schriftstellern, die mit uns einen scharfen Unterschied zwischen nichtig und unwirksam machen. So schreibt Bernhöft[1]) von der

[1]) S. 390.

schwebenden Unwirksamkeit: „Sie unterscheidet sich von der Nichtigkeit sehr entschieden dadurch, dass die betreffenden Rechtsgeschäfte gültig werden können."

Jetzt sind wir in der Lage die oben gestellte Aufgabe, Bestimmung der Mangelhaftigkeit des formlosen Grundstücksveräusserungsvertrages zu lösen. § 313 Satz 1 BGB schreibt für den Grundstücksveräusserungsvertrag öffentliche Beurkundung vor. An sich ist nun, da eine gesetzlich vorgeschriebene Form nach § 125 Geltungserfordernis ist, beim Fehlen der Form das Geschäft nichtig. Trifft dies auch zu für den Fall des § 313,2? Die Frage ist zu verneinen. Aus Absatz 2 der § 313 ergibt sich, dass der Mangel der Form nicht notwendig die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat. Das Gesetz gibt einen zweiten Weg an, um dem Vertrag Gültigkeit zu verleihen, so dass die Wahrung der Form eben nicht notwendig ist zur Herbeiführung der entsprechenden Wirkung. Wenn zu einem formlosen Grundstücksveräusserungsvertrage Auflassung und Eintragung hinzutreten, so wird er seinem ganzen Inhalt nach gültig. Es gibt also zwei Arten Grundstücksveräusserungsverträge: formale und formlose. Ist ein formaler geschlossen, so ist in ihm die Form Geltungserfordernis. Ist aber ein Vertrag der anderen Art geschlossen, so ist für ihn die Form überhaupt nicht Erfordernis; sondern es muss zum formlosen Vertrage noch Auflassung in Verbindung mit Eintragung hinzutreten, damit der Vertrag volle Wirksamkeit äussere. Rechtsgeschäfte dieser Art sind unwirksam, nicht nichtig, sondern unwirksam, bevor das „weitere Erfordernis", das die Rechtsordnung noch ausser dem Vertragsabschluss verlangt, hinzutritt. Durch den Hinzutritt des weiteren Erfordernisses kann aber das Geschäft nur darum seinem ganzen Inhalt nach gültig, also voll wirksam im Sinne des BGB werden, weil es eben schon vorher die sogen. Geltungserfordernisse besass, also nicht nichtig war. Damit ist klar, dass es sich in § 313,2 BGB. um Konvaleszenz eines unwirksamen Rechtsgeschäftes handelt[1]), ein Satz, dessen

[1]) Die Fälle der §§ 518, 766 liegen ebenso. Die nahe Verwandtschaft dieser Geschäfte mit den negotia claudicantia z. B. § 103 wird erwähnt von Gutbrod S. 154. ähnlich Staudinger zu § 125.

Folgerungen wir im nächsten Kapitel zu ziehen haben werden. Gänzlich verfehlt ist es also zu sagen, in § 313 BGB. werde von dem Grundprinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit eine Ausnahme gemacht. Es ist auch nicht zutreffend, wenn man wie Staudinger[1]) sagt: „Nach § 125 hat es den Anschein, als ob die Regel der Nichtigkeit bei Nichtbeobachtung der gesetzlichen Formvorschrift eine ausnahmslose sei. Sie ist aber keine ausnahmslose. Aus dem Gesetz selbst ergeben sich Ausnahmefälle, in welchen die Verletzung der Formvorschrift keine Nichtigkeit oder nicht unbedingt Nichtigkeit nach sich zieht", und hierzu § 313 anführt. Vielmehr stellt § 313 keine Ausnahme von § 125 dar, sondern unterfällt ihm überhaupt nicht. Denn in § 313 wird nicht für den Grundstücksveräusserungsvertrag Form gefordert, sondern die Form wird zugelassen. Das ist ganz etwas anderes. Entspricht ein Vertrag nicht dem § 313 Satz 1, der die Form alternativ zulässt, so entspricht er stets dem § 313 Satz 2, verstösst also nicht gegen eine Formvorschrift.

Das ist für die Theorie das Resultat der „Inkonsequenz[2])", die zur Schaffung des Satzes 2 des § 313 geführt hat. Mit unseren vorangegangenen Ausführungen ist die Antwort auf Hachenburgs oben erwähnte Frage gegeben. M. E. ist die „bedeutende Konstruktionsschwierigkeit", die wir zu bewältigen versuchten, bisher in der Wissenschaft zu wenig beachtet worden[3]). Deshalb dürfen wir uns über die unrichtigen Resultate der Praxis, die wir noch kennen lernen werden, nicht wundern.

---

[1]) Staudinger § 125 II.

[2]) Prot. II, S. 462/463.

[3]) Wir werden im zweiten Kapitel noch Konstruktionsversuche zu kritisieren haben.

II. Kapitel.

Die Heilung.

§ 2.

Wesen der Heilung.

Der Heilungsvorgang des § 313 BGB. wird, zumal da es sich um einen der wichtigsten Paragraphen des Gesetzes handelt, naturgemäss von den verschiedensten Schriftstellern besprochen. Das Vollwirksamwerden eines mangelhaften Geschäfts infolge Hinzutritts einer neuen Tatsache in § 313,2 ist identisch mit der Konvaleszenz unwirksamer Rechtsgeschäfte. Sie ist hier geknüpft an das Eintreten einer komplizierten Tatsache: Rechtsgeschäft der Auflassung und Amtshandlung der Eintragung. Durch diese Tatsache vollzieht sich das Gültigwerden gleichsam automatisch, das persönliche Moment, der Parteiwille, scheidet ganz aus. Auch wenn der Veräusserer in Unkenntnis von der Mangelhaftigkeit bei der Auflassung mitwirkt, tritt Heilung ein, es braucht also der Wille nicht darauf gerichtet zu sein, den Vertrag wirksam zu machen.

Das ist zwar im allgemeinen anerkannt[1]), aber man kann sich von dem Gedanken nicht freimachen, dass der formlose Grundstücksveräusserungsvertrag nach § 313 mit § 125 BGB nichtig sei und es sich deshalb um Konvaleszenz eines nichtigen Rechtsgeschäfts handle: das sei zwar begrifflich unmöglich; aber § 313 mache eben davon eine Aus-

---

[1]) Oertmann No. 7e; Oberneck S. 392; Schollmeyer No. 3; Gutbrod S. 110; Tochtermann S. 60.

nahme[1]). Dabei wird einem gewissen Bedauern darüber Ausdruck gegeben, dass das Gesetz in § 313 „den Grundsatz, dass ein nichtiger Vertrag niemals gültig werden kann, durchbrochen habe." Aber man darf nicht dem Gesetz einen groben logischen Verstoss vorwerfen, wenn man dessen Bestimmungen nicht in Einklang findet mit den in der Theorie aufgestellten Grundsätzen, sondern muss die Theorie korrigieren und mit dem Gesetz in Einklang bringen.

Planck und ihm folgend Staudinger und Enneccerus[2]) sowie das Reichsgericht[3]) wollen dem Widerspruch: Nichtigkeit und Konvaleszenz begegnen durch die Auffassung: das Gesetz behandele die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung des zugrunde liegenden obligatorischen Vertrages (§ 141), resp. die Heilung sei der Bestätigung eines nichtigen Vertrages nach § 141 BGB. gleich zu setzen. Das ist entschieden unzulässig. Eine Bestätigung ist genau das Gegenteil von dem hier in Betracht kommenden Vorgange. Die Bestätigung eines Vertrages ist Neuvornahme desselben, deshalb vom Parteiwillen abhängig. Der Bestätigende muss also die Nichtigkeit kennen und ein neues Geschäft schaffen wollen, während der Auflassende den Mangel gar nicht zu kennen braucht. An die Tatsache der Auflassung und Eintragung ist die Wirkung geknüpft: die Tatsache als solche wirkt von selbst heilend ohne alle Rücksicht auf den Willen. Diesen Gegensatz, den Planck und das Reichsgericht vollkommen übersehen, hebt Gutbrod[4]) treffend hervor: „Auflassung und Eintragung ist eine selbständige rechtserzeugende Tatsache." Mit Recht führt Schollmeyer[5]) aus, dass, wenn Plancks Meinung richtig wäre, bereits mit der Auflassung die Heilung eintreten müsste, während dies doch

---

[1]) Dernburg I, 392; Crome I, 355; Staudinger I, 487. Dernburg I, 393; Planck No. 2; Komm. d. RGR. No. 4.

[2]) Planck, Anm. 4; Staudinger No. 5; Enneccerus S. 397.

[3]) RGE. Bd. 75, S. 115.

[4]) S. 110.

[5]) No. 3.

erst mit der Eintragung geschieht. Die Heilung tritt also nicht durch Gesetz und Parteiwillen ein, sondern durch Gesetz und Tatsache. Dieses Resultat wird noch zu verwerten sein.

Nach unserer Feststellung hat der Heilungsvorgang des § 313, ein unwirksames Geschäft zur Grundlage. Ein unwirksames Geschäft hat aber eben keine Wirkungen, daher ist die Ansicht derjenigen[1]) zu verwerfen, die vor Eintritt der Heilung eine natürliche Verbindlichkeit annehmen. Man kann nicht sagen, dass der Vertrag zwar keine Haftung, aber Schuld wirke. Dann müsste auch der Käufer, der gezahlt hat, in der Hoffnung, der Verkäufer werde auflassen, seine Leistung nicht zurückfordern dürfen, was natürlich niemand behaupten wird. Dass, wenn die Grundstücksübereignung erfolgt ist, nicht mehr kondiziert werden kann, ist nicht die Folge einer natürlichen Verbindlichkeit, deren Erfüllung nicht rückgängig gemacht werden kann, sondern Folge der durch die Auflassung bewirkten Heilung. Dadurch wird der ganze Vertrag mit seinen sämtlichen Wirkungen gültig, während wenn der naturaliter Verpflichtete seine Leistung gemacht hat, einzig und allein die Rückforderbarkeit ausgeschlossen ist und weitere Wirkungen nicht eintreten, sodass z. B. Nebenleistungen unberührt bleiben. Es wäre übrigens merkwürdig, wenn man vor der Heilung sagen wollte, der Käufer sei gar nicht, der Verkäufer aber, der doch durch die Vorschrift des § 313 geschützt wird, sei naturaliter verpflichtet.

Von neueren Versuchen, der Konstruktionsschwierigkeit des § 313 gerecht zu werden, wären zwei (übrigens wenig sachfördernde) Schriften zu nennen. Hummel[2]) erklärt den § 313 so: Das formlose Geschäft ist nichtig, deshalb kann Konvaleszenz nicht eintreten, folglich ist das, was eintritt, nicht Konvaleszenz, sondern Bestätigung. Das passt

[1]) Kipp bei Windscheid II, S. 192; Matthiass, Bd. I, § 72 II; dagegen Staudinger No. 4, Oertmann No. 6; Gutbrod S. 115.

[2]) S. 37.

gar nicht zu den Worten „der Vertrag wird gültig“ in § 313 gegenüber § 141. Aber mit diesen Worten „hat das BGB uns irregeführt“. Das heisst ebensoviel wie: das Gesetz irrt sich selbst, es wollte eigentlich etwas anderes sagen. Hummel legt hinein, anstatt auszulegen. Der Schluss seiner „Erklärung“ mutet fast scherzhaft an. Nicht viel besser Pfeifer[1]): Er sieht, dass das formlose Geschäft, wenn es „gültig wird“, konvalesziert. Da dies aber nicht zur Unheilbarkeit der Nichtigkeit passt, so darf das Geschäft nicht „gültig werden“. Er erklärt daher, dass in § 313 nur eine Fiktion vorliege: „Es wird so angesehen, als ob es gültig wäre“. Das ist eine durch nichts begründete Behauptung.

§ 3.
Gegenstand der Heilung.

Nach § 313 wird „der geschlossene Vertrag“ seinem ganzen Inhalt nach gültig. Gegenstand der Heilung ist also der „geschlossene Vertrag“. Das steht mit unserer Vorstellung von der Konvaleszenz eines unwirksamen Rechtsgeschäfts in vollstem Einklang: im Moment des Hinzutretens des weiteren Erfordernisses erstarkt der unwirksame Vertrag ohne weiteres, so dass alle seine Bestandteile gültig werden. Die Heilung ergreift den Vertrag so wie er geschlossen war. Anders das Reichsgericht[2]). Nach ihm soll aus der Nichtigkeit des Vertrages vor der Auflassung folgen, dass jede Partei jederzeit von ihm oder einer einzelnen Abrede einseitig abgehen könne; dementsprechend umfasse die Heilung eine solche Abrede nicht, die von einer Partei nicht mehr gewollt werde[3]): „Im vorliegenden Falle will die Beklagte den Vertrag nicht auf der Grundlage der angeblichen mündlichen Zusicherungen erfüllen. Ihr früher etwa vorhanden gewesener Wille, für die Zusicherung einzustehen, besteht nicht mehr, und daher ist in dieser Beziehung nichts vorhanden, worauf sich die heilende Kraft der Auflassung und

[1]) S. 25.
[2]) RGE. 52, S. 45, 54, S. 109.
[3]) RGE. 52, S. 5.

Eintragung erstrecken könnte. Die Zusicherung war wegen Formmangels nichtig, und jetzt besteht sie nicht mehr.“ Dieser auf einer unrichtigen theoretischen Grundanschauung (Bestätigung) beruhenden Ansicht ist von Dernburg und Leonhard energisch widersprochen worden. Dernburg[1]) erklärt: „Nach § 313 wird der ohne Beobachtung der Form geschlossene Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und Eintragung erfolgt: dass dies nicht Platz greifen solle, wenn der Verkäufer vor der Auflassung erklärt hat, er wolle den Vertrag nicht mehr, steht nicht im Gesetz, ist befremdend und nicht überzeugend.“ Und Leonhard[2]) sagt: es müsse hier beim heilbaren formlosen Geschäft, wie beim gültigen Geschäft völlig gleichbleiben, ob hinterher der einen Partei das Geschäft nicht mehr gefällt; die Parteien sind also auch nach ihm an das heilbar formlose Geschäft gebunden, wenn auch noch nicht Erfüllung von einer Seite verlangt werden kann. Damit erkennt Leonhard an, dass das heilbar formlose Geschäft nicht nichtig ist. Es ist, wie wir gesehen haben, nicht nichtig, sondern unwirksam, und daraus ergibt sich als einfache Folge, dass der „geschlossene Vertrag seinem ganzen Inhalt nach“, also ohne jede Ausnahme gültig wird. Wenn auch Dernburg und Leonhard richtig die Auffassung des Reichsgerichts als gegen das Gesetz verstossend erkennen, so bemerken sie doch nicht den dieser Auffassung zu Grunde liegenden Fehler: die unzutreffende Konstruktionsvorstellung vom Inhalt des § 313. Das Reichsgericht stellt sich die Sachlage so vor: es kommt nur darauf an, was bei der Auflassung noch Parteiwille ist; das, was die Parteien hier übereinstimmend erklären, bzw. worüber sie sich zu gleicher Zeit stillschweigend einig sind, soll gelten, nämlich das, was im alten abgeschlossenen Vertrage enthalten war, ohne die Punkte, bezüglich deren eine Partei inzwischen ihr Nichtmehrwollen erklärt hat. Denn nur das ist übereinstimmend erklärter Parteiwille bei der Auflassung. Mit

[1]) Bd. II, 2 S. 64.

[2]) Eck-Leonhard, S. 449.

anderen Worten: der Vertrag wird bei Gelegenheit der Auflassung neu vorgenommen. Das sagt auch das Reichsgericht selbst, wenn es ausdrücklich von der Bestätigung spricht[1]). Dies aber widerspricht dem Gesetz, dessen wahre Anschauung von dem ganzen Konvaleszenzvorgange wir kennen gelernt haben. Trotzdem wird die Formulierung des Reichsgerichts: „Der Vertrag wird geheilt natürlich nur insoweit, als zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht" in der Literatur[2]) bis auf die zwei erwähnten Ausnahmen kritiklos übernommen.

Haben die Parteien nach Abschluss des formlosen Vertrages aber noch vor der Auflassung eine vertragsändernde formlose Abrede getroffen, so ist Gegenstand der Heilung nur der abgeänderte Vertrag. Dieser Punkt wird von besonderer Bedeutung, wenn die Parteien einen formal geschlossenen Vertrag formlos abändern. Der Vertrag wird in seinem ganzen Umfange geheilt, soweit er krank war. Der Vertrag ist krank, soweit er formbedürftig und trotzdem formlos ist. Es ist daher zu prüfen, ob die formlosen Vertragszusätze formbedürftig sind. Nach der zutreffenden Ansicht des Reichsgerichts[3]) sind formbedürftig alle Verabredungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräusserungsvertrag zusammensetzen soll, das sind diejenigen, die mit der Hauptanordnung im inneren Zusammenhange stehen, sie unmittelbar betreffen[4]). Wird nun durch eine in diesem Sinne formbedürftige Abrede ein Formalvertrag nachträglich formlos abgeändert, so wollen

[1]) Bd. 75, S. 115.

[2]) Staudinger, No. 5; Planck, No. 4; Oertmann, No. 7e: Turnau-Förster, S. 435; Gutbrod, S. 121, 122; Grabow, S. 49.

[3]) Bd. 51, S. 181.

[4]) Nach Danz (S. 186) und Dernburg II,2 S. 51 d. 2. Aufl. und S. 64 d. 3. Aufl. sollen formlose Zusicherungen von Eigenschaften neben dem formalen Grundstücksvertrage rechtsverbindlich sein. Danz beruft sich auf Treu und Glauben, Dernburg gab früher die gleiche Begründung, meint jetzt aber, dass sie Bestandteile des Vertrages im Sinne von § 313 nicht wären. Diese Ansicht wird vom RG. 52, S. 5 mit Recht verworfen.

die Parteien den Vertrag nur noch in seiner neuen Gestalt, wenn sie daraufhin die Auflassung vornehmen. Der „geschlossene Vertrag", der nun die Grundlage der Heilung bildet, ist zum Teil formalisiert, zum Teil formlos. Hier findet § 139 BGB. Anwendung, der auch auf die Unwirksamkeit ausdehnbar ist[1]). Infolgedessen ist grundsätzlich jetzt der ganze Vertrag unwirksam, und die Heilung erfolgt wie oben beim ganz formlosen Vertrage. Wenn aber anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne die unwirksame Abrede geschlossen haben würden, so bleibt der formale Hauptvertrag bei Bestand und nur der formlose Teil ist unwirksam. Tritt hier nun Auflassung und Eintragung hinzu, so findet auch Heilung des formlosen Teiles statt[2]). Ebenso verhält es sich mit formlosen (aber formbedürftigen) Nebenabreden, welche neben einem Formalvertrage — oder einem gänzlich formlosen Vertrage — abgeschlossen werden. Hier findet wieder § 139 BGB. Anwendung. In beiden Fällen werden, wenn Auflassung und Eintragung stattfinden, die Nebenabreden von der Heilung umfasst[3]). Darüber ist man sich jetzt einig, während die entsprechende Vorschrift des § 10 Pr. EEG zu Zweifeln Anlass gab.

Wir haben in diesem Paragraphen gesehen, welche wichtigen praktischen Konsequenzen aus unserer theoretischen Grundanschauung zu ziehen sind. Gerade der vom Reichsgericht behandelte Fall, Zusicherung von Eigenschaften beim Grundstücksverkauf, ist in der Gerichtspraxis überaus häufig. Es erscheint nicht wünschenswert, dass die unteren Gerichte, dem Vorgange des Reichsgerichts folgend, eine mündliche Zusicherung für nicht geheilt erklären, wenn festgestellt wird, dass der Verkäufer „sie zur Zeit der Auflassung nicht mehr wollte". Es ist zu hoffen, dass das Reichsgericht bei Gelegenheit seine Ansicht revidieren wird.

[1]) Beistimmend Kipp b. Windscheid I, S. 432, Dernburg I, S. 399.

[2]) Staudinger No. 5; Planck No. 4; Oertmann No. 7

[3]) Mot. II, S. 191; Dernburg II, 1 S. 193; Crome II, 163; Staudinger No. 5; Planck No. 4; Oertmann No. 7; Schollmeyer 2b.

§ 4.

Heilung im Falle der Zwangsauflassung.

Wir haben bisher stets von Auflassung schlechthin gesprochen, ohne darauf hinzuweisen, dass es ausser der gewöhnlichen freiwilligen Auflassung unter Mitwirkung beider Parteien, auch eine Zwangsauflassung gibt. Wenn eine Partei rechtskräftig zur Erteilung dar Auflassung verurteilt ist, so gilt ihre Auflassungserklärung als abgegeben, § 894 ZPO. Die Mitwirkung des einen Teiles wird also durch das Urteil ersetzt, der andere Teil gibt seine Auflassungserklärung vor dem Grundbuchamt ab. Hat nun auch eine solche Zwangsauflassung die Heilungswirkung? Da das Gesetz keinen Unterschied macht, so wirkt jede Auflassung mit nachfolgender Eintragung heilend. Ob dabei die Auflassungserklärung des einen Teiles mit Hilfe eines Urteils gemäss § 894 ZPO. ersetzt wird oder nicht, ist gleichgültig. Immer liegt „Auflassung und Eintragung" vor. Da nun eine Verurteilung zur Auflassung nur erfolgen kann, wenn ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Vertrag vorliegt, so scheint im Falle der Zwangsauflassung die Heilung nur für die formlosen Nebenabreden und nachträglichen Vertragsänderungen in Betracht zu kommen. Sind die Zusätze so geartet, dass die Parteien ohne sie den Vertrag nicht geschlossen haben würden, so machen sie den ganzen Vertrag, nach § 139 unwirksam, und es darf kein Urteil ergehen. Es bleibt also nur der Fall übrig, dass die Vertragszusätze wirtschaftlich so wenig wesentlich sind, dass die Parteien den Vertrag auch ohne sie abgeschlossen haben würden. Hier sind nur sie selbst unwirksam, der Vertrag bleibt aufrecht. Es kann also ein Urteil ergehen. Ein Urteil aber ergeht auch dann, und zwar nicht selten, wenn zwar wesentliche formlose Nebenabreden vorliegen, von den Parteien aber gar nicht vorgetragen werden, ferner bei Anerkenntnis und Versäumnis [1]). Die aufgeworfene Frage hat also eine praktische Grundlage [2]) und

[1]) Vgl. dazu auch Gutbrod, S. 125.

[2]) Nicht zutreffend Turnau-Förster S. 431.

muss mit besonderer Berücksichtigung des zuerst aufgeführten, normalen Falles betrachtet werden. Entspricht nun die Annahme der Heilung durch erzwungene Auflassung mit nachfolgender Eintragung, wenn sie dem Gesetzestext[1]) entspricht, auch dem Geist des Gesetzes? Grundsätzlich knüpfen sich an ein Urteil, welches eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung ersetzt, die gleichen privatrechtlichen Wirkungen, wie an die Abgabe der Willenserklärung selbst. Das folgt aus § 894 ZPO[2]). Sehr treffend führt dazu Hellwig aus: „Das Urteil wird damit zu einem zivilistisch wirksamen Tatbestand erhoben, welcher gleichwertig neben die rechtsgeschäftlichen Erklärungen als Grund für die Entstehung und Veränderung der Rechtsverhältnisse tritt. Mit Recht hat Kohler (ArchZivPrax. Bd. 80, S. 268) auf die Lücken hingewiesen, die sich heute in dieser Beziehung wohl fast durchgängig in den Darstellungen des bürgerlichen Rechts finden." Diese Lücke findet sich aber nicht bei Endemann[3]), der wenigstens beim Erwerb der Sachenrechte darauf aufmerksam macht, dass er erstens durch rechtsgeschäftliche Verfügung, zweitens durch Urteil vor sich gehen könne, und dazu bemerkt, dass eine derartige Urteilsverfügung auch die in § 313 Satz 2 bezeichnete Wirkung zur Folge habe. Aus der Gleichwertigkeit der Zwangsverfügung und der rechtsgeschäftlichen Verfügung folgt, dass beide in gleicher Weise die heilende Wirkung, natürlich in Verbindung mit der Eintragung herbeizuführen geeignet sind, wenn nicht etwa der Gesetzgeber den § 313 so aufgebaut hat, dass aus ihm eine Ausnahme vom Prinzip zu folgern wäre. Das wäre dann der Fall, wenn gerade der freie Wille der Parteien zur causa efficiens jener eigen-

[1]) Daher wohl der erste Satz bei Turnau-Förster unter No. 8: „Grundsätzlich tritt die Heilwirkung auch dann ein, wenn die Erklärung des einen Teiles durch rechtskräftiges Urteil ersetzt wird. Tatsächlich aber . . . usw."

[2]) Vgl. dazu Prot. V S. 113; Gaupp-Stein zu § 894 S. 751 Hellwig, Anspr. u. Klagr. S 450.

[3]) Bd. II, 1 S. 67.68.

artigen Wirkung gemacht worden wäre. Sehen wir uns daher die Vorstellung des Gesetzgebers etwas näher an. Durch § 313 soll den Wirtshausgeschäften die Erzwingbarkeit genommen werden; haben aber die Parteien trotz der Formlosigkeit des Vertrages die Grundübereignung vorgenommen und dadurch ihren ernsten Willen bezeigt, so soll das ganze Geschäft erfüllt werden. Denn es etwas bei der Erfüllung der Uebereignung und Preiszahlung bewenden zu lassen, nur diese durch Gültigkeit zu befestigen, wäre vom Standpunkt des Gesetzgebers völlig verfehlt gewesen. Entweder gar keine Erfüllung des Geschäfts oder vollständige, so wie sie die Parteien verabredet haben. Denn nur so entspricht sie den beiderseitigen wirtschaftlichen Interessen. Das Gesetz geht also von dem im allgemeinen vorhandenen wahren wirtschaftlichen Willen der Parteien, wenn überhaupt, dann ganz zu erfüllen, aus und ordnet ohne Rücksicht auf den Parteiwillen im konkreten Falle an, dass, wenn die Parteien den Anstoss zur Erfüllung durch Grundübereignung gegeben haben, dann die Rechtsfolgen der Verpflichtung zu vollkommener Erfüllung fast automatisch eintreten sollen. Die Vorstellurg des Gesetzgebers bleibt dieselbe, wenn der beiderseitige Parteiwille an die Erfüllung der Hauptpunkte schon gebunden ist, wie in dem oben zuerst aufgeführten normalen Falle. Es wäre ungerecht, wenn hier die formlosen Nebenabreden, die die Erzwingbarkeit noch nicht in sich tragen, unerfüllt blieben. Auch hier ist es Wille des fürsorglichen Gesetzgebers, dass, wenn überhaupt, so der Vertrag in seinem vollen Umfange erfüllt werden müsse. Wenn auch die Nebenverpflichtungen hier nicht so wesentlich waren, dass ihr Fehlen die Parteien von der Schliessung des ganzen Vertrages abgehalten hätte, so liegt es doch im Sinne gerade der zur Erfüllung gezwungenen Partei, dass sie auch die kleineren Berechtigungen wahrnehmen darf, die sie sich als zu diesem Geschäfte erwünscht ausbedungen hatte. Deshalb hat das Gesetz zum Ausgangspunkt der Heilung, wie oben gezeigt, eine juristische Tatsache gemacht und nicht den Parteiwillen, weil die Parteien grund-

sätzlich an die Erfüllung des ganzen Vertrages gebunden sein sollen. Es muss also vom Standpunkt des Gesetzgebers völlig gleichgültig sein, auf welchem Wege diese äussere Tatsache zur Entstehung kommt. Causa efficiens ist daher, abgesehen vom Willen des Gesetzgebers, nur eine Tatsache und nicht der freie Parteiwille. Dieses Resultat wird jedem, der den Rechtsfolgewillen ablehnt, willkommen sein: Sind die Tatbestandsmomente gesetzt, so treten die Rechtswirkungen ein, ohne dass es auf einen Rechtsfolgewillen ankommt. Aber auch derjenige, der die Rechtsfolgen deshalb eintreten lässt, weil sie gewollt sind, wird sich unserer Ansicht anschliessen müssen. Denn er wird in richtiger Würdigung[1]) des § 313 zugeben, dass hier — von seinem Standpunkt aus — einer der Fälle vorliegt, wo die Rechtsordnung mit den Rechtswirkungen über den Parteiwillen weit hinausgeht[2]), da die Heilung auch eintritt, wenn die auflassenden Parteien den Mangel nicht kannten. Aber er wird den Einwand versuchen, es sei zwar ein Rechtsfolgewille bezüglich der Heilung nicht verlangt, jedoch müsse wenigstens der Rechtsfolgewille die Uebereignung umfassen. Dadurch eben werde er zum Ausgangspunkt einer Kausalreihe, deren letztes Glied die Heilung ist. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Denn fordert man nur einen so beschränkten frei waltenden Parteiwillen, so lässt sich zeigen, dass er auch bei der Urteilsauflassung in diesem Masse vorhanden ist. Dadurch, dass sich die Parteien — in dem als normal behandelten Falle — an einen gültigen notariellen Vertrag gebunden haben, ist der Uebereignungswille vollkommen ausreichend in Erscheinung getreten, um vom Standpunkt des Rechtsfolgewillens den bezeichneten Ausgangspunkt der Kausalreihe der Rechts-

[1]) Diese lässt sich vermissen bei Turnau-Förster, S. 431, wo zwar zugegeben wird: „grundsätzlich tritt auch beim Urteil die Heilwirkung ein," nachher aber gesagt wird, „dem richterlichen Zwange in dieser Hinsicht die gleichen Wirkungen beizulegen, wie dem freien Willen der Parteien, ist nicht möglich."

[2]) Windscheid I, S. 312.

folgen abzugeben. Aber in Wirklichkeit ist der Parteiwille überhaupt nicht kausal [1]). Das persönliche Moment ist wie oben gezeigt, absichtlich ausgeschaltet. Wir können daher unbedenklich die Folgerung ziehen, dass die Heilung auch dann eintritt, wenn die Auflassungserklärung des einen Teiles durch Urteil ersetzt ist.

Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage in zwei Entscheidungen beschäftigt. Zunächst sagt es in der Entscheid. 5. Ziv. Senat vom 16. Februar 1889 [2]), dass die Heilung auch bei Zwangsauflassung eintrete. Dagegen gibt es in der Entscheidung des 5. Ziv. Senats vom 7. März 1903 [3]) zu bedenken, „ob nicht vielmehr der Geltung des für das preussische Recht ausgesprochenen Grundsatzes gegenwärtig der Umstand entgegenstehe, dass § 313 BGB anders als § 10 des vormaligen EEG nicht schon der Auflassung für sich allein, sondern nur der Auflassung in Verbindung mit der Eintragung heilende Wirkung beilegt." Dieses Bedenken erscheint nicht als begründet der angeführte Umstand stützt eher die früher ausgesprochene Ansicht, indem er zeigt, dass die Heilung vom Parteiwillen nicht abhängig ist.

In der Literatur wird die Frage nicht ausführlich behandelt. Die zutreffende Bemerkung Endemanns haben wir schon erwähnt, ebenso wie die Ausführung von Turnau-Förster. Kurz zustimmend äussert sich Gutbrod [4]), ohne weitere Begründung ablehnend Kracht [5]). Grundsätzlich stimmen auch Grabow und Baer [6]) zu, die nur das geben, was Turnau-Förster [7]) mit jener unzutreffenden Ueberschätzung des Parteiwillens lehrt. Dabei

[1]) Wie er es nach richtigeu Ansicht niemals sein kann, so z. B. Kohler in Iher. Jahrb. 16, 18, 28. Aber dieser bestrittene Punkt ist für uns nicht von Erheblichkeit.

[2]) Für das preussische Recht bei Gruchot Bd. 33, S. 437.

[3]) RGE Bd. 54, S. 109.

[4]) S. 125.

[5]) S. 54.

[6]) Grabow S. 64; Baer S. 81.

[7]) S. 431.

übersieht Baer noch die Möglichkeit, dass formlose Nebenabreden neben einem formalisierten Vertrage denselben bei Bestand lassen können.

§ 5.

Beweislast.

Durch die Heilung wird der Vertrag mit allen seinen Abreden wirksam, und sämtliche Ansprüche aus ihnen kommen zur Entstehung. Die Anwendung der allgemeinen Beweisregel, dass, wer einen Anspruch geltend macht, nur dessen Entstehung zu beweisen hat und dass bei dargetaner Entstehung das Fortbestehen vermutet wird[1]), ergibt in Verbindung mit unserer Grundauffassung, dass derjenige, der beweist, dass eine Abrede im alten Vertrage zur Entstehung gelangt, z. B. auch durch Abänderung in ihn hineingelangt ist, und dass Heilung eingetreten ist, seiner Beweispflicht völlig genügt hat. Denn es wird vermutet, dass die wenn auch mit einem Hemmnis entstandene Forderung bis zur Heilung und weiter fort bestanden hat. Der Gegner, der die Wiederaufhebung vor der Heilung behauptet, hat dies zu beweisen.

Auch hier kommt das Reichsgericht auf Grund seiner Ansicht von der Nichtigkeit des formlosen Vertrags zu einer anderen Auffassung. Es fasst den Heilungsvorgang als Bestätigung auf und stellt es so dar[2]), als ob die einzelnen Bestandteile dessen, was nun nach der Heilung gelten soll, erst zur Zeit der Auflassung durch Konsens der Parteien geschaffen würde. Daher erklärt es: wer sich nachher auf eine einzelne Vertragsabrede berufe, der müsse beweisen, dass sie auch zur Zeit der Heilung vom Parteiwillen noch umfasst würde, es genüge nicht der Beweis, dass die Abrede Bestandteil des alten Vertrages gewesen sei[3]). Das ist von

---

[1]) Vgl. Stölzel, Schulung, S. 144.

[2]) Bd. 51, S. 181; 52, S. 5; 54, S. 109; 61, S. 251; 75, S. 115.

[3]) RGE in Warneyer, Rechtspr. 09, No. 350; Komm. d. RGR No. 4.

dem eingenommenen Standpunkte aus konsequent: denn wenn die Vertragsabreden nichtig sind, so können sie nicht jetzt auf einmal von selbst da sein, sondern sie kommen jetzt nur insoweit zur Wirksamkeit, als der zur Zeit der Auflassung neuschaffende Parteiwille auf sie gerichtet ist. Aber dieses dem Gesetze widersprechende Ergebnis beruht eben auf einem falschen Ausgangspunkt: Der Vertrag war gar nicht nichtig, sondern unwirksam. Und in der festumgrenzten Gestalt, die er hatte, gelangt er durch das Hinzutreten des weitern Erfordernisses zur Wirksamkeit: Er ist wirksam vorhanden in allen seinen Teilen, wenn feststeht, dass er als unwirksamer vorhanden war, und dass die die Unwirksamkeit heilenden Ereignisse eingetreten sind. Ein besonderer Beweis, dass ein Teil oder alle Teile auch noch am Tage der Auflassung vom Parteiwillen umfasst wurden, kann nie verlangt werden. Dem Reichsgericht ist Klaggrund nicht der alte Vertrag mit allen Bestandteilen, wie er jetzt geheilt vorliegt, sondern ein neuer zur Zeit der Auflassung entstandener Vertrag, dessen Beweis natürlich der Klage obliegt: „Der Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach geheilt, aber Voraussetzung ist stets, dass die Bestimmungen noch bei der Auflassung und Eintragung Bestandteile der von den Parteien getroffenen Verabredung gewesen sind[1])". Darum erklärt das Reichsgericht, dass das Fortbestehen der Nebenabreden bis zur Auflassung nicht vermutet wird, sondern besonders bewiesen werden muss[2]).

Wie schon in einer älteren Entscheidung (für das preussische Recht[3])) die richtige Ansicht vertreten ist, so scheint neuerdings in einer Entscheidung vom 10. Februar 1909 die richtige Ansicht wieder zur Geltung zu kommen, obwohl sie seinem ganzen Standpunkt, seiner Auffassung vom Klagegrunde, weniger entspricht, als die unrichtige[4]).

---

[1]) Vgl. Warneyer, Rechtspr. 09, N. 350, S. 320.

[2]) Vgl. Warneyer Rechtspr. 09, N. 350. Komm. d. RGR No. 4.

[3]) Vgl. RGE Gruchot 33, S. 438, JW 89, S. 121.

[4]) RGE in JW 09, S. 191, s. auch die Gegenüberstellung bei Warneyer Jahrb. 09, S. 61.

Wir vertreten nach wie vor die auf unserer Grundanschauung beruhende Ansicht, dass das Fortbestehen der Nebenabreden vermutet wird.

§ 6.

Zeitpunkt der Heilung.

Durch den Heilungsvorgang „wird" der Vertrag gültig. Also äussert er Wirkungen erst vom Moment des Erstarkens an. Dass das Wirksamwerden auf den Zeitpunkt des Vertragabschlusses zurückzubeziehen wäre, davon sagt das Gesetz nichts; es kann also nicht behauptet werden. Wenn das Gesetz eine solche Rückziehung bei Konvaleszenzfällen will, so wird das, wie in § 184 ausdrücklich angeorndet[1]). Trotzdem wird Rückwirkung von Planck, Staudinger, Schollmeyer, Enneccerus angenommen[2]). Planck und Staudinger schliessen das aus der Bestätigung[3]). Allein auch die Bestätigung (§ 141) bewirkt keine Rückwirkung, wie Staudinger an einschlägiger Stelle richtig bemerkt[4]), sondern die Parteien haben sich nur das zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag gültig gewesen wäre. Schollmeier will Wirkung ex tunc, weil nach Treu und Glauben die Parteien alles erwarten und erhalten müssten, was im alten Vertrage zugesichert sei. Aber um zu diesem Ergebnis zu gelangen, braucht man nicht Rückziehung der Rechtswirksamkeit anzunehmen. Sondern weil der Vertrag seinen ganzen Inhalt nach gültig wird, so folgt schon daraus die Verpflichtung für die Parteien gemäss der ursprünglichen Vereinbarung zu erfüllen.

---

[1]) RG 75. S. 115.

[2]) Planck No. 4; Staudinger No. 5; Schollmeyer No. 3; Enneccerus I, S. 397.

[3]) Vgl. das Reichsgericht Bd. 75, S. 115, das trotz „Bestätigung" richtig die Rückwirkung ablehnt. Aber die Bestätigung haben wir überhaupt verworfen. Wir können eben aus dem Vorliegen der echten Konvaleszens (s. d. Grundlegung) folgern, dass, wie bei dieser, Heilung ex nunc eintritt.

[4]) Staudinger I, zu § 141 Anm. 6; ebenso RG 75, S. 115.

Das hebt Kracht[1]) zutreffend hervor. Etwas Aehnliches hat Turnau-Förster[2]) im Auge, wenn er sagt: „Die Gültigkeit kann nicht zurückbezogen werden. Daher beginnt die Verjährung der Ansprüche auf Gewährleistung nicht vor der Auflassung. Dennoch wird eine sinngemässe Anwendung der Auslegungsregel des § 141 Abs. 2 nicht von der Hand zu weisen sein[3]). "

---

[1]) S. 57.

[2]) Turnau-Förster zu § 313, III.

[3]) Heilung ex nunc nehmen ferner an Oertmann, Anm. 7, Oberneck S. 392, Turnau-Förster S. 424; RG Bd. 75 S. 115. Auf eine Reihe kleinerer, praktischer Einzelfragen glauben wir nicht eingehen zu sollen, weil sie richtig und unstreitig aus den Kommentaren ersichtlich sind.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 5.